Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVII.

Ueber die Veräußerungs-Befugniß des nachstehenden Pfandgläubigers.

Vom Herrn Hofgerichts-Advokat Bopp in Darmstadt.

§. 1.

Ich habe mir vor einiger Zeit, veranlaßt durch einen Rechtsfall [1]), erlaubt, meine Ansicht über die Veräußerungsbefug-

1) Diesen Rechtsfall, welcher bei dem Großhzl. Hessischen Hofgericht in Darmstadt im Jahr 1827 in zweiter und letzter Instanz anhängig war, habe ich im ersten Bändchen meiner Schrift: Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und der Rechtspflege des Großherzogthums Hessen ꝛc. Darmstadt 1830. Litt. E. „Ueber die Frage, ob und in wie weit dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht versagt ist?" S. 114—130 mitgetheilt. Der Gerichtshof concentrirte seine Ansicht in folgendem Präjudiz: „Dem nachstehenden Pfandgläubiger steht die Befugniß nicht zu, gegen den Willen des vorhergehenden Pfandgläubigers auf den Verkauf des Pfandobjekts zu dringen und es hat Letzterer das Recht, einem solchen Antrag auf Verkauf zu widersprechen. Ausnahmsweise fällt jedoch dieses Recht des vorgehenden Pfandgläubigers weg, wenn der Verkauf des Pfandes zur Vollstreckung eines richterlichen Urtheils geschehen soll" (das Gericht nahm an, daß dieser Ausnahmsfall in der L. 15. §. 5. Dig. de re jud. (42. 1) begründet sey, und bestätigte, da der nachstehende Pfandgläubiger früher sich bei dem Unterrichter gegen den Pfandschuldner ein rechtskräftiges, denselben zur Zahlung der Hauptschuld Zinsen und Kosten verurtheilendes, Erkenntniß erwirkt hatte, den Bescheid des Richters erster Instanz, der dahin ging, daß die gegen die Vornahme einer Versteigerung des Unterpfandes von dem vorstehenden Pfandgläubiger erhobene Intervention als unstatthaft zu verwerfen sey, diesem jedoch hinsicht-

niß des nachstehenden Pfandgläubigers (in seiner Stellung dem bevorzugten Pfandgläubiger gegenüber) zu äußern und mich für diese Befugniß entschieden [2]). Seitdem haben zwei Rechtslehrer (beide Mitherausgeber dieses Archivs) sich über diese Frage ausgesprochen und zwar in entgegengesetztem Sinn. Mühlenbruch lehrt, während er in den früheren Ausgaben seiner Doctrina Pandectarum den Gegenstand nicht speziell berührte, in der neusten, vielfach vermehrten und sehr bereicherten Auflage seines Werks, daß der nachstehende Pfandgläubiger (vorbehältlich der Zuständigkeiten des bevorzugten) das Unterpfand veräußern dürfe [3]), während v. Löhr (in dem zweiten Heft des vierzehnten Bandes dieser Zeitschrift) [4]) auf Anlaß meiner früheren Ausarbeitung diese

---

lich der wirklichen Veräußerung des fraglichen Unterpfandes alle Rechtszuständigkeiten vorbehalten bleiben). Es versteht sich aber von selbst, daß in einem solchen Falle die Rechte des vorgehenden Gläubigers in Beziehung auf den zu ertheilenden Zuschlag und die wirkliche Veräußerung des Pfandobjekts gewahrt werden müssen."

2) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und von Wening-Ingenheim. Band 3. Heft 2. Nr. 12. S. 234—242 „Beitrag zur Erörterung der Frage: Versagt das römische Recht dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht?"

3) Editio tertia. Vol. II. 1831. §. 318. Nro. 3. Früher scheint dieser Rechtslehrer der entgegengesetzten Ansicht gewesen zu seyn; denn er sagt in der zweiten Auflage seines Werkes: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald. 1826. S. 470. Not. 473: „Wenn in einigen Stellen gesagt wird: secundum creditorem offerendo priori debitum confirmari sibi jus suum, oder auch, pignoris causam" (c. 22. de pignorib. c. 1. und 5. qui potiores in pignore), so ist dieses ganz richtig, weil ihm sein ganzes Recht leicht vereitelt werden könnte, so lange er durch einen vorgehenden Pfandgläubiger an der Befugniß, das Pfandrecht zu veräußern, verhindert wurde —"

4) Nummer VII. „Ueber die Rechte mehrerer Pfandgläubiger." Ich habe im Eingang meiner früheren Ausarbeitung bemerkt, daß ihr

Befugniß beſtritt, indem er die Anſicht vertheidigt, es ſey dem nachſtehenden Pfandgläubiger nach römiſchem Recht nicht die Befugniß gegeben, zur Veräußerung des Unterpfandes zu ſchreiten, er müſſe ſich dieſe dadurch erwerben, daß er ſich in Ausübung des jus offerendi an die Stelle des bevorzugten Pfandgläubiger ſetze.

Da die angeregte Frage von großem praktiſchem Gewicht iſt und zu denen gehört, deren Erörterung wenigſtens in der neueren Zeit [5]), welche ſonſt hinſichtlich der Lehre von den Rechtsverhältniſſen der Pfandgläubiger viele Ausbeute geliefert hat [6]), vernachläſſigt worden iſt, ſo wird es wohl vergönnt ſeyn, auf ſie zurückzukommen. Ich habe übrigens nur wiederholt die Abſicht, durch gegenwärtige Erörterung, in welcher ich meine früher geäußerte Anſicht ausführlicher zu begründen mich bemühen will, den Verſuch zu machen, ob es

---

Zweck erreicht ſey, wenn ſie eine gründliche Erörterung veranlaſſe. Der Praktiker fühlt am erſten die Lücken, welche die Wiſſenſchaft übrig gelaſſen hat und iſt wenigſtens in ſo fern ſeiner Wiſſenſchaft und zur Beherzigung des „si quid invenio, deligo“ verpflichtet, als er anregt und belebt). Ich bin alſo dem Herrn Geheimerath von Löhr nicht nur für ſeine Erörterung an ſich, ſondern auch dafür dankbar, daß mir der Wunſch erfüllt wurde, den ich durch meine Aeußerung angedeutet habe.

5) Ich habe S. 221 meiner früheren Erörterung die Aeußerung hingeworfen, daß faſt alle ältere Juriſten über das Veräußerungsrecht des nachſtehenden Pfandgläubigers ſchwiegen und nur Mevius ſich darüber verbreite. Allein bei einer ſorgfältigen Durchforſchung der ältereren Literatur (ſ. den folgenden §. 2.) habe ich gefunden, daß, obwohl viele ältere Rechtslehrer, auch wenn ſie die Lehre vom Pfandrecht ausführlich behandelten, über das Rechtsverhältniß der verſchiedenen, bei demſelben Unterpfand concurrirenden Pfandgläubiger hinſichtlich der Veräußerung deſſelben ſchweigen, mehrere andere daſſelbe berühren.

6) S. die Vorrede zu der neuen Auflage der Geſterding'ſchen Lehre vom Pfandrecht. S. 1.

mir gelingt, der Frage eine erhöhte Aufmerkſamkeit zuzuwenden.

§. 2.

Es wird nicht nur erlaubt ſeyn, ſondern auch als zweckmäßig angeſehen werden, zuerſt einen Blick auf die Literatur des Gegenſtandes zu werfen, um eine Überſicht zu gewinnen.

Unſere Literatur zeigt ſchon ſeit Jahrhunderten abweichende Anſichten der Rechtslehrer [7]) und der Gerichte [8]), ſo daß die Frage, ob der nachſtehende Pfandgläubiger, dem bevorzugten gegenüber, veräußern dürfe, im ſtrengſten Sinn zu den alten Controverſen des römiſchen Civilrechts gehört [9]).

---

7) Zeugniß hierüber giebt Anton Faber in ſeinem Werk: **De erroribus Pragmat. P. I. Decad. I. Err. IV.**

8) **A. Faber l. c.** *Codex Fabrianus* **Lib. 8. Tit. 17.** (S. §. 9.)

9) Wenn v. Löhr S. 174 ſeiner Abhandlung, indem er auf meine frühere Ausarbeitung hinzeigt, ſagt: „Da in den neueren Zeiten auch dem ſpäteren Pfandgläubiger eine Veräußerungsbefugniß zugeſchrieben worden iſt" ꝛc., ſo konnte nur damit gemeint ſeyn, daß ich die alte Streitfrage wieder in Anregung gebracht hätte. Dieſe hat, nur mit dem Unterſchied, daß ſie weniger Gegenſtand einer Verhandlung ex professo wurde, indem die Partheien ſich mehr blos gegen einander überſtanden, als förmlich in Kampf geriethen, ungefähr daſſelbe Schickſal gehabt, wie die, welche ſich über die Richtigkeit des Grundſatzes: „**Dies interpellat pro homine**" ſchon vor mehreren Jahrhunderten erhoben hatte. S. v. Schröter: Ueber die Regel: **Dies interpellat pro homine.** Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Band 4. Heft 1. S. 100—200, ſo daß man auch von ihr gewiſſermaßen ſagen kann, was dort S. 124 bemerkt wird, daß nämlich die Literatur einer der praktiſch-wichtigſten Rechtsfragen unter den Händen des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts in einen Todesſchlaf verſunken ſey, der wohl nicht als das Reſultat einer beſtimmten wiſſenſchaftlichen Ueberzeugung betrachtet werden könne. Denn faſt nirgends und am wenigſten bei den Rechtslehrern des neunzehnten Jahrhunderts findet ſich auch nur eine Hinweiſung auf die Literatur unſerer Streitfrage und ſo auf dieſe ſelbſt.

Anton Faber lehrt[10]), daß der nachſtehende Pfandgläubiger nicht die Befugniß habe, das Unterpfand zu veräußern, indem er nur dann dazu ſchreiten dürfe, wenn er durch Ausübung des jus offerendi an die Stelle des vorgehenden Pfandgläubigers trete, läßt jedoch dann eine Ausnahme eintreten, wenn eine arme Wittwe, welche die Brautgabe zurückfordere, die nachſtehende Pfandgläubigerin ſey.

Gleicher Meinung, jedoch ohne die Ausnahme zuzulaſſen, für welche ſich Faber ziemlich willkührlich entſchieden hat, ſind unter den älteren Juriſten, neben den Verfaſſern von zwei Monographieen des Pfandrechts, Bachov von Echt[11]) und Reguſantius[12]) und zwei Verfaſſern von Diſſertationen[13]), Cujaz[14]), Vultejus[15]), Meier[16]), Voët[17]) und Alteſerra[18]).

---

10) l. c., wo er ſowohl in Decad. I. Err. VI. als in dem vorhergehenden Err. IV. die Materie berührt. Es ergiebt ſich aus der letzten Stelle, daß es ſchon früh Grundſatz der Praxis war, der nachſtehende Pfandgläubiger dürfe als ſolcher zur Pfandveräußerung ſchreiten. Und dieſes iſt nicht auffallend. Denn jeder Praktiker wird gewiß zugeben, daß der Grundſatz, der nachſtehende, ſeine Befriedigung ſichernde Pfandgläubiger dürfe nicht auf Veräußerung antragen, um hierdurch (mit Vorbehalt des Rechtes des vorſtehenden Pfandgläubigers auf vorzugsweiſe Befriedigung) dazu zu gelangen, nur zur Verkümmerung der Rechtshülfe führen würde (S. §. 9.)

11) Tractatus de Pignoribus et Hypothecis absolutissimus. Editio postrema, prioribus emendatior. Francofurti et Rostochii 1656. Lib. III. Cap. XXIX. §. 2.

12) Tractatus de pignoribus et Hypothecis. Colon. Agripp. 1656. (Auch im Corpus selectorum Tractatuum de Pignoribus et Hypothecis. Francof. 1596. (S. 1—193.)

13) Schulzen (Redecker) Disputatio inauguralis de jure vendendi pignus sive hypothecam. Rintelii 1662. §. 26. „Verum, ut venditio ista, a creditore facta, effectum suum sortiatur, oportet, pignus esse venditum a creditore anteriori; secundus enim creditor non recte vendit. L. 1. 5. Pand. de distr. pign. Tum demum D. L. 5. secundo jus vendendi per-

Dagegen lehrt unter den älteren Juriſten, außer zwei Monographen des Pfandrechts, Merlinus [19]) und Balduin [20]) ein anderer, ſowohl als Theoretiker, wie als Praktiker ausgezeichneter, Juriſt Mevius [21]), daß der nachſtehende Pfandgläubiger, dem bevorzugten gegenüber, befugt ſey, die Pfandveräußerung, mit Vorbehalt des Rechtes des Letzteren auf vorzugsweiſe Befriedigung, zu bewirken.

Unter den Rechtslehrern des achtzehnten Jahrhunderts iſt einer der beiden Monographen des Pfandrechts, welche die-

---

mittit, si in locum primi successerit et ille tum non secundus sed primus est." Bechmann (Claussen) Diss. inaug. jur. de Distractione pignor. Jenae 1660. Cap. 2. §. 7.

14) Paratitla in libros quinquaginta Digestorum ad Tit. de distr. pign. „Recte praetulit, qui potiores in pignore habeantur, antequam ageret de distractione pignorum. Nam jure non distrahet creditor pignus, in quo potior est alter, nisi in ejus locum successerit. — Paratitla in libros IX. Cod. Justin. ad Tit. de distr. pign. „In venditione exigitur, ut fiat ab eo, cui pignus jure obligatum — et cui fit jus distrahendi, *puta a potiore creditore*" —

15) Jurisprudentiae Romanae Libri II. L. 1. Cap. 34. §. 1741. „In venditione — exigitur, ut fiat ab eo, cui — fit jus distrahendi, puta a potiore creditore."

16) Colleg. Argent. Tom. I. Lib. XX. Tit. 5. §. 6.

17) Commentar. ad Pand. L. 20. Tit. 4. §. 35. Uebrigens iſt dieſer Rechtslehrer der Meinung, daß, wenn der nachſtehende Pfandgläubiger durch den Richter verkaufen laſſen wolle, er darin von dem bevorzugten Pfandgläubiger nicht gehindert werden könne und ſo der Ausübung des jus offerendi nicht bedürfe.

18) Recit. Quotid. Tom. I. ad L. 5. Pand. de distr. pign. (20. 5). „Ubi secundus creditor, oblata pecunia priori creditori in ejus locum successerit, pignus distrahere potest."

19) De pignoribus et hypothecis tractatus absolutissimus. Colon. Allobr. 1661. Libr. IV.

20) Tractatus de pignor. et hypoth. (Corpus selectorum tractatuum de pign. et hypoth. (S. 221–253.) Cap. 18. S. 243.

21) Decisiones. P. IV. decis. 346. P. V. Decis. 183. Nota 3.

ſem Jahrhundert angehören, Weſtphal[22]), der, dem nachſtehenden Pfandgläubiger ungünſtigen Lehre zugethan, während der andere, Errleben[23]). das Gegentheil in Schutz nimmt. Mit Erſterem ſtimmt überein J. H. Berger[24]), Birkner[25]), Malblanc[26]), Dabelow[27]) und Altermann[28]).

---

22) Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämmtlichen römiſchen Geſetze vom Pfandrecht. Dritte Ausgabe. Leipzig 1800. §. 191.

23) **Principia de jure Pignorum et Hypothecarum. Goett. 1779. §. 172. Nota a., wo der Verfaſſer, ſich auf die angeführte Stelle von Merlinus beziehend, ſagt: „ceterum primus creditor impedire non potest alienationem pignoris, si ex pecunia inde redacta ipsi prius satisfaciat.** (In S. 105 ſagt dieſer Schriftſteller in Bezug auf das Fauſtpfand: **„Si posterior creditor pignus tenet, vix dubitari potest, *in praejudicium anterioris nec distrahi* nec retineri illud"** (pignus) **„posse, quippe anterior actione hypothecaria agere potest, etiam contra posteriorem, qui juri suo se opposuit.")**

24) **Dissertationes juris selectae. Lipsiae 1707. Disput. I. „De jure distrahendi pignoris."**

25) **Dissertatio de jure offerendi, creditoribus hypothecariis secundis adversus priores competente. Altd. 1780.**

26) **Principia juris romani sec. ord. Digest. Part. II. Sect. post. §. 578.** Denn dieſer Rechtslehrer äußert ſeine Meinung in den Worten: **„Juvat autem maxime successio hypothecaria ad id, ut quis distrahendi facultatem nanciscatur."**

27) Verſuch einer ausführlichen ſyſtematiſchen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Theil 3. Halle 1795. §. 308.

28) „J. A. Altermann, daß das Abfindungsrecht des nachſtehenden Gläubigers gegen den erſtern nicht ohne Nutzen ſey." Denn der Verfaſſer dieſer Abhandlung (Juriſtiſches Magazin, herausgegeben von Siebenkees. Band 1. Nr. 15.) ſagt, daß einer der Vortheile des jus offerendi darin beſtehe, daß der zweite Gläubiger freiere Hände, das Pfand zu veräußern, erhalte, obwohl er hinzuſetzt: „Ich gebe zu, daß der letzte" (der zweite Pfandgläubiger) „die gerichtliche Verkaufung des Pfandes gemeiniglich auswirken kann. Denn wenn ein Gläubiger eine Forderung ausklaget und bei der

Der Verfaſſer der neuſten, dem neunzehnten Jahrhundert angehörigen, Monographie, Geſterding [29]), iſt gleichfalls der, dem nachſtehenden Pfandgläubiger ungünſtigen Anſicht [30]), obwohl ſich ein gewiſſes Schwanken darin

---

Execution gerichtlich in den Beſitz einer Sache, die einem andern verpfändet worden iſt, geſetzt wird, ſo muß Letzterer ob auctoritatem rei jud. die Veräußerung geſtatten." „Beckmann (Manecke) Dissert. de Successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. Goett. 1781 iſt zwar im Allgemeinen der Anſicht, der nachſtehende Pfandgläubiger würde nur dann zur Pfandveräußerung ſchreiten, wenn er vorher den bevorzugten befriedigt habe, ſagt aber: An vero creditor hypothecarius jure offerendi usurus sed parata pecunia destitutus *ad publicam rei obligatae destructionem* provocare possit, quaestio est, quae passim in foro agitatur. Quam adfirmare nullus dubito, cum non tantum debitori, *ex cujus persona creditori jus distrahendi competit*, hoc liceat, sed Ulpianus hoc citra injuriam creditoris fieri posse aperte doceat."

29) Die Lehre vom Pfandrecht, erſte Auflage. Greifswald 1816. 2te Aufl. Ebendaſelbſt 1831.

30) Die hieher gehörige, in den beiden Auflagen unverändert gebliebene Stelle (der Verfaſſer, welcher ſeinem alten, oft gerügten, Fehler getreu, überhaupt in der neuen Auflage ſeines Werkes auf die neuſte Literatur nicht überall Rückſicht genommen hat, hat dieſe auch in Beziehung auf das Rechtsverhältniß zwiſchen den verſchiedenen Pfandgläubigern hinſichtlich der Veräußerung des gemeinſchaftlichen Unterpfandes nicht nachgetragen) lautet (Aufl. 2. S. 310. 311): „Ja, der Pfandgläubiger, welcher durch Hülfe des juris offerendi, in die Stelle des creditoris prioris dimissi getreten iſt, erlangt nun ſelbſt das jus distrahendi. Heißt dies aber ſoviel, der nachſtehende Pfandgläubiger erlangt jetzt inſofern potestatem distrahendi, daß der abgefundene vorhergehende ihn vermöge ſeines vorzüglicheren Rechts nicht weiter an der Aus, übung des juris distrahendi hindern kann, oder heißt es ſoviel: dem Gläubiger ſtand bei der Concurrenz mit einem vorzüglicheren Gläubiger gar kein jus distrahendi zu und jetzt erwirbt er es erſt? Man möchte verſucht ſeyn, zu glauben, der nachſtehende Pfandgläubiger ſey an ſich befugt, von dem jure distrahendi Ge-

ſich nicht verkennen läßt. Der gleichen Anſicht iſt Happel [31], Hufeland [32], v. Wening-Ingenheim [33], Warnkö-

---

brauch zu machen, doch könne der vorhergehende, wenn er von ſeinem Recht Gebrauch machen wolle, es ihm verwehren, — wenn nicht in mehreren Geſetzſtellen ſo beſtimmt und deutlich das Gegentheil gelehrt würde. Dem nachſtehenden Pfandgläubiger ſteht, ſo lange der vorhergehende Pfandgläubiger nicht befriedigt oder das Pfandrecht deſſelben erloſchen iſt, nicht blos kein Gebrauch eines jus distrahendi, ſondern kein jus distrahendi und überhaupt kein Pfandrecht zu; daſſelbe iſt für jetzt in suspenso: er darf daher das Object nicht verkaufen, — ohne daß es einer poſitiven hindernden Thätigkeit von Seiten des vorhergehenden bedürfte. Eine Ausnahme findet Statt beim pignus, quod in causa judicati capitur. Dies darf verkauft werden, vorausgeſetzt, daß ſich ein Käufer findet, der ſoviel dafür geben will, daß der creditor prior völlig befriedigt werden kann. Dieſer muß dann befriedigt und nur der Ueberſchuß kann zur Befriedigung des neuen Pfandgläubigers verwandt werden. L. 15. §. 5. de re judicata). Geſchieht es dennoch, ſo iſt dies dem Rechte des vorhergehenden nicht nachtheilig und er vielmehr befugt, die verpfändete Sache, die ein creditor posterior zum Verkauf brachte, von jedem Beſitzer abzufordern."

31) Die Rechte der Gläubiger in Anſehung der Fauſtpfänder und antichretiſchen Verſatze, beſonders bei ausgebrochnem Concurſe. Gieſſen und Darmſtadt 1802. Zweiter Abſchnitt. Vor der, den Gläubigern geſtatteten Befugniß zum Verkaufe des Unterpfandes. S. 61. 62. „ſtand es dem nachgeſetzten Gläubiger frei, dem vorgehenden ſeine Bezahlung anzubieten (Digest. XX. tit. 5. fr. 5) und erſt wenn dieſes geſchehen war, wurde der Verkauf des Pfandes geſtattet (Digest. XX. tit. 4. fr. 12.)"

32) Lehrbuch des gemeinen oder ſubſidiariſchen Civilrechts. Band I. Gieſſen 1808. §. 1779.

33) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Vierte Auflage, München 1831. Theil 1. §. 181 (Seite 7. 8. der vierten Auflage zählt der Verfaſſer unter den Schriften, welche er erſt dann erhalten habe, als die Lehren und §phen, bei denen ſie anzuführen oder zu benutzen geweſen wären, ſchon abgedruckt geweſen ſeyen, auch das zweite Heft des dritten Bandes der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, welches meine frühere Ausarbeitung enthält, auf.

nig [34]), Glück [35]), Weber [36]), Mackeldey [37]), Zimmern [38]) und Müller [39]). Dagegen iſt für das Veräuße-

---

34) Commentarii juris romani privati. Tom. I. Leodii 1825. §. 392. Jus creditoris inferioris, licet adversus extraneos eandem habet vim, ac potioris pignus, tamen inefficax est, quoties huic cedere debet. *Posterior itaque creditor nec ipse invito priore distrahere potest nec* etc.

35) Ausführl. Erläut. d. Pandecten. Th. XIX. S. 366. „Dagegen kann aber auch der ſpätere Pfandgläubiger durch das jus offerendi eine Veräußerung des Pfandes durchſetzen, wenn ihm der vorgehende Pfandgläubiger daran hinderlich iſt. Denn daß der nachſtehende Gläubiger zur Veräußerung des Pfandes berechtigt ſey, lehrt Marcian ꝛc."

36) Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Th. 2. Leipz. 1820. S. 46, wo dieſer Rechtslehrer ſagt, daß der nachſtehende Pfandgläubiger durch Ausübung des jus offerendi nur die Rechte der älteren Pfandgläubiger bekomme, „daher nunmehr ungehindert die Sache zum Verkauf bringen" könne.

37) Lehrbuch des heutigen römiſchen Rechts. Band 2. §. 380. „Rechte des vorgehenden Gläubigers." — Dagegen iſt es dem nachſtehenden Pfandgläubiger ohne Einwilligung des vorhergehenden der Regel nach nicht erlaubt, die Sache zu verkaufen, es wäre denn, daß dem vorhergehenden kein Nachtheil daraus entſtünde. Const. 8. C. 8. 18."

38) Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Band 1. Heft 1. „Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht." 4. Ueber das jus offerendi des beſſeren Pfandgläubigers gegen den ſchlechteren." S. 53. 54. Daß dieſes Zimmerns Anſicht iſt, geht deutlich aus ſeinen Worten hervor. „Dem nachfolgenden Pfandgläubiger iſt das jus offerendi gegeben, daß er für ſeine, ſo ſehr ungünſtige, vom vorhergehenden Gläubiger ganz abhängige Stellung einen billigen Erſatz habe." Denn hat der nachſtehende Gläubiger das Veräußerungsrecht, dem vorgehenden gegenüber, ſo iſt ſeine Stellung nicht ungünſtig und von demſelben abhängig.

39) Archiv f. d. civ. Praxis. Band XI. Nr. 17. Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht. II. „Auch dem Creditor potior ſteht das jus offerendi zu. Denn er ſagt (S. 389). „Er" (der bevorzugte Pfandgläubiger) „kann allein veräußern."

rungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers unter den neueren Rechtslehrern G. P. v. Bülow [40]) und, wie bereits erwähnt, Mühlenbruch.

§. 3.

Um nach dieser Übersicht der Literatur zur Erörterung der Frage selbst überzugehen, so wird es mir erlaubt seyn, im Ganzen meine frühere Ausarbeitung als Leitfaden zu benutzen.

Ich habe mich zur Begründung meiner Ansicht, daß das römische Recht dem nachstehenden Pfandgläubiger (dem bevorzugten gegenüber) das Pfandveräußerungsrecht nicht versage, zuerst darauf gestützt, das römische Recht huldige dem, die Billigkeit in Schutz nehmenden Grundsatz, daß jeder sich das gefallen lassen müsse, was ihm nicht schade, andern aber nütze; dieser Grundsatz leide für das Verhältniß zwischen den verschiedenen Pfandgläubigern in Bezug auf ihre Befriedigung vollkommene Anwendung. Denn indem der nachstehende Pfandgläubiger, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, das Unterpfand veräußere, verfolge er seinen Nutzen, ohne daß dieser Verkauf, welcher die vollständige Befriedigung des bevorzugten, durch sein dingliches Recht gesicherten, Pfand-

40) Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts. Theil I. Braunschweig 1817. Abhandlung I. „Die Generalhypothek in Bezug auf den dritten Besitzer." (Die zweite Abhandlung: Von den verschiedenen Fällen der Verpfändung einer Sache an mehrere Gläubiger in Hinsicht ihrer Wirkung," von der, ihrem Titel zu Folge zu erwarten gewesen wäre, daß sie auch das Rechtsverhältniß der verschiedenen Pfandgläubiger bei dem gemeinschaftlichen Pfand hinsichtlich der Veräußerung desselben berühren würde, schweigt davon). Denn der Verfasser geht bei Erläuterung der L. 1. Pand. de distr. pign. davon aus, daß der nachstehende Pfandgläubiger veräußern dürfe. Nur sey diese Befugniß und die Rechtsbeständigkeit des durch ihn veranlaßten Verkaufs von der vollständigen Befriedigung des bevorzugten Gläubigers abhängig. (S. unten §. 9.)

gläubigers verbürge, deſſen auf Sicherheit der Befriedigung beſchränktes Intereſſe gefährde.

Von Löhr entgegnet, das römiſche Recht kenne den Grundſatz nicht, daß jeder zu dem, was ihm nicht ſchade, andern aber nütze, gezwungen werden könne. Allein es iſt nicht davon die Rede, daß der Pfandgläubiger activ ſeyn, thun müſſe (denn er kann nicht gezwungen werden, ſelbſt zu veräußern)[41], ſondern nur davon, daß er etwas geſchehen laſſen, daß er den Verkauf des Pfandes durch den nachſtehenden Pfandgläubiger vor ſich gehen laſſen müſſe und daß dem römiſchen Recht (deſſen Geſetzgebungs-Politik überhaupt, bei der praktiſchen Tendenz ſeiner Geſetzgeber, das Recht mit dem Bedürfniß und den Anſprüchen des Lebens in Einklang zu bringen[42] und Gründe der Billigkeit zu Rechtsnormen zu erheben[43], da durchgriff, wo ſich die Intereſſen vereinigen ließen) der Billigkeitsgrundſatz bekannt ſey, der Eine müſſe das geſchehen laſſen, was ohne ſeinen Schaden dem Andern nützlich ſey, ſcheint aus mehreren Stellen des Corpus juris hervorzugehen, z. B. aus der

L. 2. §. 5. Dig. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3)[44]

---

41) L. 6. pr. de pign. act. (13. 7). Erxleben l. c. §. 174. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Buch 2. §. 148.

42) „Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriori interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem," ſagt der Geſetzgeber (L. 25. Pand. de leg.) „Pulchra lex, bemerkt ein Juriſt (Joh. Jensii Stricturae Juris romani. Rotterdami 1737. P. I.) zu dieſem Fragment „consonantem habens legem 6. Cod. cod. tit. ac L. ult. Cod. de Praepos. agentium. Quod si in privatis id, quod hisce legibus prudenter monetur, aequum est negotiis" etc.

43) Warnkönig l. c. §. 3.

44) Brunnemann (Comment. ad hanc legem) ſagt: „Aurea hic habetur regula. Aequitas suggerit, ut permittatur mihi, aliquid facere in fundo vicino, si ipsi non noceat, mihi au-

der

L. 38. Dig. de re vind. (6. 1) [45]

und der

L. 38. Dig. de evict. (21. 2).

§. 4.

Ich habe auch daraus ein Argument für mich hergeleitet, daß dieſer allgemeine Billigkeitsgrundſatz des römiſchen Rechts in einer beſtimmten Geſetzesſtelle, der

L. 15. §. 5. Dig. de re jud. (42. 1)

ſeine beſondere Anwendung auf das Verhältniß zwiſchen den Pfandgläubigern der gleichen Sache und zwar gerade hinſichtlich des Verkaufs des gemeinſchaftlichen Unterpfandes finde; denn in dieſem Fragment geſtatte der Geſetzgeber dem nachſtehenden Pfandgläubiger den Verkauf des Unterpfandes unter ausdrücklicher Anführung des Grundes, weil dadurch die „conditio" des vorgehenden Pfandgläubigers, der je vorzugsweiſe befriedigt wurde, nicht „deterior" würde. Wenn von Löhr gegen dieſes Argument, worauf ich beſonderes Gewicht lege, weil der Billigungsgrundſatz beſonders da freien Spielraum gewinnt, wo ſich die Intereſſen der verſchiedenen Rechtsſubjecte in Einklang bringen laſſen, was bei der Veräußerung des gemeinſchaftlichen Unterpfandes durch den nachſtehenden, ſeine Befriedigung aus der dadurch

---

tem prosit, licet jure deficiamur, tenentur omnes in suo pati, quod sibi non nocet, alteri vero prodest" und Mevius P. IV. Decis. 346. Nota 1. ſpricht ſich, auf dieſe Geſetzesſtelle ſich beziehend, dahin aus: „Quisque ita suum recipere debet, ne invideat aut obsistat alterius utilitati. Quod sibi non nocet, alteri prodest, id negare malignum."

45) „Malitiae foret," ſagt Mevius: Decis. Pars IV. dec. 307. No. 12, indem er ſich auf dieſe Geſetzesſtelle (und das vorhergehende Fragment, L. 2. §. 5. dig. de aq. pluv. arc.) bezieht, „sine aliqua sua utilitate ceteris creditoribus nocere, aut, quod sibi non proficit, alteri vero nocet, malle."

herbeigeführten hyperocha verfolgenden, Pfandgläubiger ſo leicht geſchieht, indem ſie die Befriedigung beider als Gläubiger herbeiführt [46]) (S. 176), die Einwendung vorbringt, die Veräußerung des Unterpfandes durch den nachſtehenden Pfandgläubiger zwinge den vorgehenden indirekt zur Veräußerung, ſo iſt dieſer Satz allerdings richtig, inſoweit wider ſeinen Willen dieſelbe Wirkung herbeigeführt wird, die dann hervortritt, wenn er ſelbſt die Veräußerung vornimmt. Allein er enthält kein widerlegendes Moment.

Dem Intereſſe des bevorzugten Pfandgläubigers, der nur nicht direkt zur Veräußerung gezwungen werden kann [47]), mag es leicht entgegen ſeyn, daß es zum Verkauf des Unterpfandes kommt [48]). Allein ſein eigentlich rechtliches Intereſſe iſt nicht verletzt. Dieſes Intereſſe, das er allein beſchützt verlangen kann, eben weil es ein rechtliches iſt, liegt lediglich in der Sicherheit der Befriedigung [49]) und dieſe leidet darunter nicht, daß der nachſtehende Pfandgläubiger das gemeinſchaftliche Pfand veräußert [50]). Wenn v. Löhr gegen mein Argument weiter anführt, der vorſtehende Pfandgläubiger könne durch die Veräußerung des Unterpfandes von Seiten des nachſtehenden Pfandgläubigers zu einem weitläufigen und nachtheiligen Rechtsſtreit gegen den Dritten genöthigt werden, ſo läßt ſich, auch abgeſehen von der Frage, ob derſelbe den nachſtehenden auf Herausgabe des

---

46) Merlinus l. c. „pignus venditur et ex pretio satisfit creditori priori et residuum in causam judicati convertitur.“

47) S. §. 3.

48) Um dieſen Verkauf zu hindern, braucht er nur das jus offerendi auszuüben, das auch dem vorſtehenden Pfandgläubiger gegen den nachſtehenden zuſteht. Mit der Einräumung dieſes Rechts hat der Geſetzgeber genug gethan (S. §. 10).

49) S. §. 5.

50) S. §. 5. Mevius Decis. P. V. Dec. 183.

Erlöses, in so weit dieser zu seiner Befriedigung erforderlich ist, belangen kann [51]), dagegen einwenden:

1) daß alle diejenigen, welchen ein dingliches Recht gegeben ist, einem solchen Übel ausgesetzt sind. Die Nothwendigkeit, gegen einen Dritten dieses Recht geltend zu machen, ist dessen Schattenseite und die demselben eigenthümliche Folge [52]) und ein Gegengewicht in der andern Waagschaale, welches er, zugleich mit der so gewichtigen Rechtsbegünstigung der Hingabe einer dinglichen Klage, in den Kauf nehmen muß.

2) daß namentlich die Gesetze über das Pfandrecht von der Art sind, daß sie den bevorzugten Gläubiger gegen die Gefahr eines Rechtsstreites mit einem Dritten nicht schützen. Denn der Pfandschuldner hat das Recht, das Unterpfand zum Verkauf zu bringen (ein Recht, welches auch auf den nachstehenden Pfandgläubiger übergeht, weil er Pfandgläubiger ist. S. §. 6). Wird nun dieses Recht ausgeübt, so tritt auch hier geeigneten Falls die Nothwendigkeit, einen Dritten anzugehen, ein.

§. 5.

Ich habe das Veräußerungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers ferner daraus hergeleitet, daß diese Befugniß dem Pfandrecht wesentlich, dasselbe ohne diese nicht denkbar sey. Da nun der nachstehende Pfandgläubiger, weil er Pfandgläubiger sey, ein Pfandrecht habe, so müsse er auch die Befugniß haben, das Objekt desselben zu veräußern.

---

51) Fachinaeus Controv. jur. F. 12. Cap. 53. Huber Praelect. jur. civ. L. 20. tit. 5. §. 7. in fine. Voët Comment. ad Pand. L. 20. tit. 5. §. 11.

52) Jetzt wird ohnehin diese Folge bei der Nothwendigkeit gerichtlicher Veräußerung und der Uebermachung des Hypothekenwesens nicht leicht eintreten, was auch in dem erwähnten Rechtsfall der Unterrichter mit als Entscheidungsgrund festhielt.

Hiergegen richtet v. Löhr den Satz, daß der nachſtehende Pfandgläubiger, dem bevorzugten gegenüber, dem nicht nur ein Vorzugsrecht, ſondern auch allein die Ausübung der, dem Pfandgläubiger gegebenen Rechte zuſtehe, kein wirkliches beſtehendes Pfandrecht erworben habe[53]). Iſt dieſer Satz richtig, ſo würde der nachſtehende Pfandgläubiger nicht zur Veräußerung ſchreiten dürfen, weil dieſe Befugniß durch die Erwerbung eines, dem bevorzugten Pfandgläubiger gegenüber wirkſamen, Pfandrechts bedingt iſt. Allein ich beſtreite die Lehre, daß der nachſtehende Pfandgläubiger, dem bevorzugten gegenüber, kein wirkſames Pfandrecht beſitze. Es ſind zwei Fälle zu unterſcheiden: War der nun nachſtehende Pfandgläubiger, Pfandgläubiger geworden, ehe das Pfandrecht des nun vorſtehenden Pfangläubigers exiſtent wurde, ſo hat er als damals erſter Pfandgläubiger ohne allen Zweifel auch das Veräußerungsrecht unbedingt erworben. Da nun erworbene Rechte nicht durch Handlungen Dritter beeinträchtigt werden können, ſo konnte das Veräußerungsrecht des erſten Pfandgläubigers nicht dadurch aufgehoben werden, daß der Schuldner ein Verhältniß herbeiführte, wodurch ein ſpäterer Pfandgläubiger der bevorzugte wurde. Dieſer erwarb dadurch keine, das einmal erworbene Recht des erſten, aber ihm nun nachſtehenden, Pfandgläubigers aufhebende, Befugniß[54]). Er erwarb nichts weiter als das Recht vorzugsweiſer Befriedigung aus dem Erlös des Unterpfandes[55]), deſſen Veräußerung (mit Vorbehalt ſeines dinglichen Rechts gegen dritte Erwerber der Unterpfänder bis zum Augenblick vollſtän-

---

53) Gleiches lehrt Müller a. a. O. (Archiv für die civ. Praxis. Band II. S. 389) und Geſterding a. a. O. Aufl. 2. S. 311.

54) Gebrüder Overbeck: Medit. über verſchiedene Rechtsmaterien. Band 8. Med. 407. S. 129. 130.

55) Eo iniquius huic reluctabitur prior creditor, quod suum capiet, ultra quod nihil juste desiderat, ſagt Mevius l. c. (Desis. P. IV. Dec. 346) mit Recht.

diger Befriedigung) nach wie vor dem nachſtehenden Pfandgläubiger geſtattet blieb [56]).

Würde der nachſtehende Pfandgläubiger dieſes erſt dann, als das Pfandrecht des vorſtehenden ſchon exiſtent geworden war, ſo möchte man, da letzterer ſchon alle Rechte des Pfandgläubigers und ſo auch das Pfandveräußerungsrecht erworben hatte, verſucht ſeyn, anzunehmen, daß das-

56) Es iſt Rechtsregel, daß ein Akt, wobei Jemand nicht concurrirte, demſelben nicht präjudiciren, deſſen Rechte nicht beſchränken kann. Wird alſo durch einen ſolchen, ihm fremden Vorgang der frühere Pfandgläubiger zum nachſtehenden, ſo wirkt jener Akt allerdings eine Ausnahme von dieſer Regel. Aber gerade darum iſt der Umfang jener Ausnahme möglichſt zu beſchränken. Dem nun nachſtehenden Pfandgläubiger iſt kein anderes Recht als das Vorzugsrecht, das Recht, aus dem Erlös des Unterpfandes befriedigt zu werden (blos dieſes, das Sicherungsrecht, das einzige, was das Pfandrecht giebt, erwirbt der bevorzugte Pfandgläubiger), keineswegs das Veräußerungsrecht entzogen, was nur dann ausſchließend auf den bevorzugten Creditor übergegangen wäre, wenn, was aber nicht der Fall iſt, das Veräußeruugsrecht mit dem Vorzugsrecht unzertrennlich verbunden wäre. Iſt dieſer dadurch zum Vorzugsrecht gelangt, weil er ein privilegirtes Pfandrecht erwarb, ſo tritt noch der Grund hinzu, daß dieſes als privilegium odiosum ſtrict zu interpretiren iſt, wenn es zum Präjudiz dienen ſoll. Vergl. Hepp: Iſt der Pfandgläubiger, welcher ein Pfandrecht an der Sache hatte, bevor dieſelbe vom Gemeinſchuldner erworben wurde, Separatiſt? (Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Band 4. Nr. 3) S. 45. 46. Iſt z. B. einem Gläubiger ein Gebäude verpfändet und leiſtet ſpäter ein anderer einen Vorſchuß zu deſſen Ausbeſſerung, ſo erhält dieſer ein Vorzugsrecht vor dem Erſteren. L. 24. §. 1. Dig. de reb. auct. jud. (42. 5). Happel a. a. O. S. 193. Sollte dieſem nun außer dem Recht, vorzugsweiſe aus dem Erlös befriedigt zu werden, auch noch das Veräußerungsrecht entzogen ſeyn, ſo daß er, wenn er glaubt, einen Käufer zu finden, der ſo viel bietet, um die doppelte Pfandſchuld davon abzutragen, nicht einmal den Nachtheil von ſich abwenden kann, der ihm dadurch erwuchs, daß er durch einen actus inter alios ſein Vorzugsrecht einbüßte?

ſelbe Recht von keinem zweiten ausgeübt werden könne. Allein eine nähere Betrachtung führt zu einem andern Reſultat. Die entſcheidenden Geſichtspunkte ſind die: 1) daß der vorſtehende Pfandgläubiger mit dem nachgeſetzten in einem rechtlichen Verhältniß ſteht und 2) daß das Veräußerungsrecht ſeiner Natur nach kein Sonder-Recht iſt.

Dem nachſtehenden Pfandgläubiger ſteht nicht nur überhaupt ein wahres Pfandrecht zu [57]), indem ihm z. B. eine vindicatio gegen Dritte geſtattet iſt [58]), ſondern es ſind ihm auch pfandrechtliche Zuſtändigkeiten gegen den vorſtehenden gegeben, Zuſtändigkeiten, die ſich darauf gründen, daß er Pfandgläubiger iſt. So hat er gegen denſelben das Recht auf Herausgabe der hyperocha [59]), das Recht, von ihm die Überlaſſung ſeiner bevorzugten Stelle zu verlangen (das ſogenannte, dem chirographariſchen Gläubiger nicht zuſtehende [60]) jus offerendi [61]) die Rechtswohlthat der Excuſſion [62]).

Sieht man auf den Grund dieſer Rechte, mit denen Verbindlichkeiten gegen den vorgehenden Pfandgläubiger [63]) cor-

---

57) v. Löhr ſagt ſelbſt (S. 169). Allerdings iſt es bald nach dieſem Zeitpunkt dahin gekommen, daß auch dem ſpäteren Pfandgläubiger ein wahres Pfandrecht zugeſchrieben wurde."

58) v. Löhr a. a. O. Berger l. c. §. 3. Nota b. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 164. Müller a. a. O. Geſterding a. a. O. §. 47. S. 361.

59) v. Löhr a. a. O. Berger l. c. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 162. Müller a. a. O. Warnkönig l. c. §. 380. 392.

60) Happel a. a. O. Warnkönig l. c. §. 393.

61) v. Löhr a. a. O. Müller a. a. O. Mühlenbruch l. c. §. 324.

62) v. Schröter: Beiträge zu verſchiedenen Lehren des Civilrechts (Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Band 1. Nr. 16. 1. Ueber das ſogenannte Beneficium excuſſionis reale. S. 334. Hepp: Steht dem Pfandſchuldner das beneficium excussionis reale zu ꝛc. (Archiv für die civ. Praxis. Band 9. Nr. 19. S. 369.

63) So hat der bevorzugte Pfandgläubiger das jus offerendi gegen

respondiren, so sind sie dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den bevorzugten eingeräumt, weil sie mit dem einzigen Cardinalrecht des Letzteren, dem Sicherungsrecht [64]), nicht collidiren. Es wird keine gewagte Behauptung seyn, wenn ich den Satz aufstelle, daß, dem Letzteren gegenüber, der Erstere sich alles das erlauben kann, was mit diesem Recht nicht in Widerspruch steht. Ist aber dieser Satz richtig, so muß es ihm auch gestattet seyn, das gemeinschaftliche Unterpfand zur Veräußerung zu bringen, weil diese Gesetze gerade dem vorgehenden Pfandgläubiger solche Rechte einräumen, welche ihm Bürgschaft dafür geben, daß dieser Vorgang nicht sein rechtliches Interesse gefährdet [65]). Eben darum erscheint auch das

---

den nachstehenden Pfandgläubiger (S. §. 10). v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 163. Müller a. a. O. S. 486 ꝛc. Mühlenbruch: Doctrina Pand. Ed. III. §. 324

64) Daß Sicherheit der Befriedigung das einzige rechtliche Interesse ist, welches der Pfandgläubiger mit Strenge zu verfolgen berufen ist, habe ich in einem Aufsatz im zweiten Heft des vierzehnten Bandes des Archivs für die civil. Praxis (Nr. 12. Beitrag zur Erörterung der Frage: ob der Pfandgläubiger zum Präjudiz des Pfandschuldners verlangen kann, daß das Unterpfand gegen alsbaldige Bezahlung des Erlöses, in so weit dieser zu seiner Befriedigung erforderlich ist, veräußert werde, oder ob der Pfandschuldner dagegen Einsprache thun kann") nachzuzeigen versucht. Die Befugnisse, welche nichts mit dem Schutz desselben zu thun haben, dem vorgehenden Pfandgläubiger als solchem nicht gegeben sind, weil, um mit Cocceji: Jus civile controv. L. 13. tit. 7. Quaest. IV. zu reden, „pignus praeter securitatem nihil conferat (Schultzen: Dissert. cit. sagt: „Finis — respectu creditoris nullus est, quam, ut in tuto sit creditum"), so beginnen jenseits der Linie, welche diesen Sicherheitskreis bildet, die Rechte, sowohl des Schuldners, als des nachstehenden Pfandgläubigers. Ein solches Recht ist das Veräußerungsrecht, das an sich beiden so gut zusteht, als dem vorstehenden Pfandgläubiger.

65) Daher sagt Westphal a. a. O., während er doch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht absprechen zu müssen

Pfandveräußerungsrecht nicht als ein Sonderrecht desselben, was nur dann der Fall wäre, wenn seine Ausübung mit dessen Cardinalrecht, dem Sicherungsrecht, in nothwendiger Verbindung stünde, rechtlich eins mit demselben wäre.

§. 6.

Ich habe für meine Ansicht, der nachstehende Pfandgläubiger dürfe zur Pfandveräußerung schreiten, auch den Gesichtspunkt herausgehoben, daß der Pfand schuldner veräußern dürfe. Denn stehe diesem die Befugniß zu, so müsse sie wohl auch dem gegeben seyn, dem er durch die Pfandbestellung eo ipso [66] gerade das Veräußerungsrecht (salvo jure des Bevorzugten) eingeräumt habe [67].

Von Löhr giebt, indem er läugnet, daß der Pfandschuldner ein Recht zu veräußern habe, zu, daß er regel-

---

glaubt: „Derjenige — dem eine prioritätische Pfandforderung zusteht, kann zwar geschehen lassen, daß der Schuldner oder nachgehende Gläubiger das Pfandstück veräußere, jedoch geschieht dieses seinem Pfandrecht unbeschadet. — Treffend sagt Donell in seinem Tractat: „De Pignoribus et Hypothecis Cap. 12. Jure potiorem sic accipimus, jure creditoris, non, ut sequentibus res obligata non sit, sed ut prior creditor, sive cum aliis agat et hypoth. vindicet, eam auferat, sive possideat et cum eo agatur, exceptione tutus sit, sive rem vendat, Praetor emtorem adversus omnes tueatur."

66) L. 4. Pand. de pign. act. (13. 7). Hufeland a. a. O. §. 775.

67) Das Gesetz versagt dem chirographarischen Gläubiger des Pfandschuldners das Recht, das Pfand zu veräußern. L. 17. Cod. de distr. Bechmann Dissert. cit. Cap. 2. §. 1. Berger Dissert. cit. Cap. 2 §. 1. wohl aus dem Grund, weil ihm kein besonderes Recht daran eingeräumt worden ist. Allein gerade diese Bestimmung läßt durch den Gegensatz darauf schließen, daß dem nachstehenden Pfandgläubiger dieses Recht nicht versagt worden sey, zumal da der Gesetzgeber, von dieser Versagung sich durch die Betrachtung möchte abgehalten finden, daß dem nachstehenden Pfandgläubiger als solchem das Objekt eo ipso sich haftend hingab.

mäßig fähig ſey, eine gültige Veräußerung, salvo jure pignoris, vorzunehmen, fügt aber bei, daß aus dieſer Fähigkeit wenig für das Recht des nachſtehenden Pfandgläubigers gefolgert werden könne.

Es wird wohl genügen, herauszuheben, es ſey ein anerkannter Rechtsgrundſatz, der Schuldner ſey als Eigenthümer des Unterpfandes zu deſſen Veräußerung befugt[68]). Die Ausübung dieſes Rechts trägt er auf den Pfandgläubiger (alſo auch auf den nachſtehenden) ipso jure über, indem er in ein Verhältniß zu demſelben kommt, oder mit demſelben ein Rechtsverhältniß eingeht, wodurch dieſer Pfandgläubiger wird. Denn als ſolcher erwirbt er das Veräußerungsrecht von Rechtswegen. Es wird Niemand behaupten wollen, daß das Recht des Pfandſchuldners zur Veräußerung des Unterpfandes ihm dadurch entzogen wird, daß ſein Eigenthum dieſes geworden iſt. Er hat daſſelbe, ſo lange er Eigenthümer iſt, alſo auch dann, wenn der Gegenſtand ſeines Eigenthums auch einem nachſtehenden Pfandgläubiger zur Sicherheit hingegeben wird. Alſo kann er auch die Ausübung ſeines Rechtes dieſem überlaſſen.

Hierdurch erwirbt der nachſtehende Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht; freilich kann er es nur Namens des Schuldners ausüben, aber dieſes genügt ihm, indem er weiter nichts braucht, als die Macht, ſelbſtändig handeln zu können, die ihm gegeben iſt, indem er als procurator in rem suam[69]) des Schuldners auftritt.

---

68) L. 6. Pand. de pign. act. „Melius est, dici, eum, qui dederit pignus, posse vendere.“ Berger Dissert. cit. Cap. 2. §. 4. Geſterding a. a. O. §. 23. S. 155. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 153. Mackeldey Lehrb. §. 372 Mühlenbruch l. c. §. 317.

69) Salgado de Samoza: Labyrinthus creditorum concurr. P. II. Cap. 26. §. 46. „Creditor, quando pignus vendit, tanquam procurator debitoris vendere intelligitur.“ Hellfeld:

Die Behauptung, daß der nachstehende Pfandgläubiger nicht veräußern dürfe, wäre eo ipso die Behauptung, der Pfandschuldner dürfe nicht veräußern, also völlig unrichtig. Beide stehen sich hinsichtlich des Rechtes, veräußern zu dürfen, gleich. Der Schuldner darf das Objekt verkaufen mit Vorbehalt der darauf ruhenden Pfandrechte. Dasselbe darf der, demselben hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß juristisch gleich nachstehende Pfandgläubiger.

§. 7.

Als letzter [70]) Grund für das Veräußerungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers habe ich den Inhalt der L. 15. §. 5. Dig. de re jud. (42. 1.) angeführt, der als Beleg für das Veräußerungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers diene.

Ich nehme den Inhalt des Gesetzes so: Wenn ein klagender Gläubiger, der ein Urtheil für sich gegen den gemeinschaftlichen Schuldner erwirkt hat, bei dem Richter auf Verkauf des Pfandes anträgt, so soll alsdann, wenn ein Käufer mehr für das Unterpfand geben will, als der, wegen seines Vorzugsrechts zuerst zu befriedigende, Pfandgläubiger zu fordern hat, so, daß ein Überschuß zur Befriedigung des Klägers verwendet werden kann, dieser gegen den Willen des Pfandgläubigers Statt finden. Der Geist des Gesetzes scheint mir daher darin zu liegen, daß selbst ein Objekt, das einem andern besonders verhaftet ist, von einem simpeln Gläubiger, dem daran gar kein Recht zusteht, als Executionsobjekt benutzt und zum Verkauf gebracht werden dürfe.

Jurispr. for. §. 1100. v. Wening-Ingenheim: „Beiträge zur Lehre von der Gültigkeit der Pfandveräußerungen“ (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Band I. Nr. 18.) S. 367.

70) Ich habe in meiner früheren Erörterung auch den Moment als Grund herausgehoben, daß das, auf die Sicherheit der Befriedigung beschränkte, rechtliche Interesse des vorstehenden Pfandgläubigers durch die Veräußerung des nachstehenden Pfandgläubigers nicht

Wenn nun hiernach jeder Gläubiger des Pfandschuldners, dem Pfandgläubiger zuwider, den Verkauf des Unterpfandes durchsetzen muß, so muß es dem nachstehenden Pfandgläubiger, der nach dem Ausdruck des Gesetzes doch zu den Gläubigern gehört, welche die Veräußerung durchsetzen können, und der noch dazu durch sein Verhältniß, sowohl mit dem Pfandschuldner, als mit dem Pfandgläubiger in Bezug auf das Veräußerungsobjekt in einem bestimmten Nexus steht, um so mehr gestattet seyn, den Verkauf durchzusetzen, unter dem Vorbehalte der Wahrung des Interesses dessen, der daran besonderes Recht hat [71]).

§. 8.

Nach dieser Erörterung der Frage: Ob der nachstehende Pfandgläubiger zur Versteigerung des Unterpfandes schreiten dürfe, worin ich die Gründe meiner Ansicht, daß er dieses dürfe, ausgesprochen habe, brauche ich nur noch anzudeuten, daß und wie diese Befugniß ganz im Einklang mit dem rechtlichen Standpunkt des vorgehenden Gläubigers steht. Ich hoffe nachzeigen zu können, daß Gründe genug für eine Ausgleichung [72]) der beiden, anscheinend sich so schroff gegenüberstehenden Meinungen vorhanden sind, und eine einfache Grundregel dazu führt.

Ich habe schon mehrmals darauf hingedeutet, daß, was sich von selbst versteht, der Verkauf des Unterpfandes durch den nachstehenden Pfandgläubiger nur mit Vorbehalt der

---

gefährdet werde. Ich komme aber nicht besonders auf ihn zurück, da ich mich in den §. 4 und 5 darüber schon verbreitet habe.

71) „Creditor potest vendere pignus, servatis tamen servandis," sagte Negusantius in seinem Traktat. S. 616.

72) Wenn v. Löhr (S. 172) sagt, daß, auch angenommen, der spätere Pfandgläubiger dürfe veräußern, wenn er nur alsbald mit dem Erlös den früheren abfinde, das Resultat wesentlich das gleiche sey, indem die Veräußerung nur durch dessen Abfindung Rechtsbeständigkeit erhalte, so deutet er selbst darauf hin, wie man sich verständigen könne

Rechtszuständigkeiten des bevorzugten Pfandgläubigers Statt finden könne. Darin liegt die Rechtswahrheit, daß die Gültigkeit des Verkaufs des Unterpfandes, dem Letzteren gegenüber, so lange aufgeschoben bleibt, bis er befriedigt ist. Durch den Verkauf an sich, den der nachstehende Gläubiger vorgenommen hat, um sein Interesse zu wahren [74]), hat er nur einen Käufer gefunden, der ihm verhaftet und zur Erfüllung des Kaufs verbunden ist. Wird nun dadurch das Mittel der Befriedigung herbeigeführt und der vorstehende Pfandgläubiger befriedigt, so gewinnt der Verkauf des Pfandgläubigers volle Rechtsgültigkeit und das Eigenthum geht auf den Käufer über.

Beide Theorieen weichen also in so fern und nur in so fern von einander ab, daß nach der einen der nachstehende Pfandgläubiger gar nicht zum Verkauf schreiten darf, so, daß er, wenn der vorgehende widerspricht, keinen Versuch zum Verkauf machen kann, der nur dann Statt haben kann, wenn er sich an die Stelle des vorstehenden und allein zum Verkauf Berechtigten durch Ausübung des jus offerendi und Befriedigung desselben zuvor gesetzt hat, nach der andern aber der nachstehende Pfandgläubiger von keinem veto des bevorzugten, dessen Pfandrecht durch die Veräußerung des Pfandes nicht leidet [74]), an dem Verkauf gehindert werden kann, dieser Verkauf aber dafür, diesem gegenüber, nicht eher rechtsgültig wird, als bis er vollständig aus dem Kaufschilling befriedigt ist [75]).

---

74) Indem er sein Interesse wahrt, handelt er zugleich im Interesse des vorstehenden zuerst zu befriedigenden Pfandgläubigers, ist er gleichsam dessen negotiorum gestor.

75) Darum berührt Thibaut: Pandectensystem §. 667. den Gegenstand eben so einfach als vollständig, indem er, während er im vorhergehenden Sphen lehrt, daß das Pfandrecht durch gänzliche Tilgung der Schuld erlösche, sagt: „Wenn ein besserer Pfandgläubiger die Sache veräußert, so erlischt dadurch stets das Pfandrecht des schlechteren, nicht aber umgekehrt.

Daß die letztere Theorie die richtige seyn möchte, fällt wohl in die Augen. Sie subsumirt sich unter die rechtliche

---

75) Das scheint nur der Sinn der L. 1. Pand. de distr. pign. und der L. 8. Cod. qui pot. in pign. (8. 18.) zu seyn. Das erste Fragment spricht davon, daß der Verkauf des Unterpfandes durch den nachstehenden Gläubiger Statt gefunden, aber die Befriedigung des vorstehenden nicht herbeigeführt habe, deutet so, indem es bestimmt, was derselbe nun zu thun habe, darauf hin, daß alles gewahrt sey, wenn der Verkauf dessen Befriedigung bewirkt hätte, und erkennt hiernach an, daß ein Verkauf des Unterpfandes durch den nachstehenden Gläubiger, wenn durch ihn die Befriedigung des vorgehenden bewirkt worden, statthaft sey. Gleichen Sinn hat das Gesetz, indem es ausspricht, daß alles in salvo sey, wenn der bevorzugte Pfandgläubiger befriedigt sey. Es sagt nicht, daß der nachstehende Pfandgläubiger die Befriedigung des bevorzugten bewirken soll, und er erst nachher die Veräußerung vornehmen dürfe, sondern drückt sich ganz allgemein dahin aus, daß die Befriedigung des vorstehenden Pfandgläubigers Bedingung der Rechtsgültigkeit des Verkaufs sey, so unbestimmt lassend, ob die Befriedigung vor demselben geschehen müsse, oder später, ob der nachstehende Pfandgläubiger zahle, oder der Käufer. Natürlich! Es muß dem zu befriedigenden Gläubiger einerlei seyn, wer ihn befriedigt. (Er muß es sich ja auch gefallen lassen, daß ihn entweder der Schuldner, oder der nachstehende Pfandgläubiger, oder, wenn er selbst veräußert, der Käufer befriedigt) und eben so muß es ihm auch einerlei seyn, ob er vor oder nach dem Verkauf befriedigt wird. (Wenn er selbst veräußert, muß er ja auch mit seiner Befriedigung warten, bis der Verkauf geschehen ist. Was Meier an einer Stelle seiner, seinem Coll. Argent. anhängenden Disputationen Dec. V. Cap. III. in Bezug auf die Veräußerung des Unterpfandes, durch den Pfandschuldner sagt, gilt ganz von der des nachstehenden Pfandgläubigers. Der abweichenden Meinung v. Löhr's über den Sinn dieser beiden Gesetze kann ich die, mit der meinigen übereinstimmende Ansicht von Bülow, in der ersten bereits erwähnten Abhandlung des ersten Bandes seiner oben (§. 2.) allegirten Schrift entgegensetzen. Er sagt, indem er das erste Fragment (L. 1. Pand. de distr. pign.) interpretirt: „Sobald — einem andern Gläubiger ein älteres oder sonst bevorzugtes Pfandrecht zusteht, ein Fall, der im Fragment angenommen sich findet, so ist

Grundregel; daß jedes Rechtsgeſchäft mit Vorbehalt der Rechtszuſtändigkeiten Dritter geſtattet iſt, und volle Gültigkeit erlangt, ſobald denſelben Genüge geſchehen iſt. Meine Aufgabe glaube ich daher gelöſ't zu haben, indem ich die Controverſe auf dieſe Grundregel zurückgeführt und ſo beſeitigt habe. Hat ja ſchon ſo manche Streitfrage durch Zurückführung auf einen leitenden Grundſatz ihre Erledigung gefunden.

§. 9.

So lange indeſſen jene Streitfrage über das Veräußerungsrecht des nachſtehenden Pfandgläubigers am Leben erhalten wird, ſo lange wird ſie bei ihrer praktiſchen Wichtigkeit und der Verſchiedenheit der Conſequenzen eine unſtäte Rechtsſprechung hin und her ſchwanken laſſen [76]). Adoptirt der Richter die dem nachſtehenden Pfandgläubiger ungünſtige Theorie [77]), ſo bleibt demſelben, um zum Verkauf des Unterpfandes zu gelangen, nichts übrig, als das jus offerendi auszuüben, und ſo in das Rechtsverhältniß des bevorzugten Pfandgläubigers einzutreten. Denn alsdann erſt kann der Richter Rechtshülfe leiſten und zwar nur in dem einzigen Fall, wenn der abgefundene Pfandgläubiger, der erſte Pfandgläubiger der iſt, der an der Spitze des Phalanx der ſämmtlichen Pfandcreditoren ſteht.

---

des nachſtehenden Pfandgläubigers Befugniß zum Verkaufe der verpfändeten Sache und die Rechtsbeſtändigkeit des durch ihn veranlaßten Verkaufs von der vollſtändigen Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers abhängig, ſo, daß nur unter dieſer Bedingung die veräußerte Sache von dem, demſelben zuſtehenden Pfandrecht befreit wird" und fügt hinzu: Es verordnet dieſes L. 8. Cod. Qui pot. in pign. (8. 18). Nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas."

76) Zeugniß von ſolchem Schwanken der Praxis giebt ſchon der Codex Fabrianus (S. §. 2) Lib. 8. Tit. 17.

77) Dieſe Theorie wäre ganz im Widerſtreit mit dem Concursverfahren. Auch hat ſich daher die Praxis bei dieſem von ihm losgeſagt.

Die Ausübung dieſes jus offerendi iſt aber nicht nur an und für ſich läſtig, ſondern auch im gegebenen Fall ſehr drückend und ſchwierig. Iſt z. B. der nachſtehende Pfandgläubiger arm, ſo iſt er, weil ihm die Mittel dazu fehlen, außer Stand, es auszuüben und dieſes Recht für ihn ganz ohne praktiſche Bedeutung.

Zwar hat man ſchon angenommen, daß in ſolchem Fall der nachſtehende Gläubiger ausnahmsweiſe befugt ſey, wider den Willen des vorgehenden zur Pfandveräußerung zu ſchreiten [78]). Allein dieſe Ausnahme iſt, wie Andere ſchon nachgezeigt haben, rein willkührlich und darum zu verwerfen. Nicht eine erſonnene Ausnahme, ſondern ein oberſter Rechtsgrundſatz hilft aus.

Selbſt in dem Fall, daß der nachſtehende Pfandgläubiger bemittelt iſt, kann er leicht verhindert ſeyn, von dem jus offerendi Gebrauch zu machen, indem die Forderung des vorſtehenden Pfandgläubigers ſo beträchtlich iſt, daß große Mittel erforderlich ſind, um denſelben zu befriedigen und deſſen Stelle einnehmen zu können.

Bedenkt man nun zugleich, daß der vorſtehende Pfandgläubiger leicht in einem nahen Verhältniß zu dem Schuldner ſteht, indem er z. B. deſſen Freund, Verwandter oder Gönner iſt und ſo veranlaßt ſeyn kann, zu deſſen Gunſten von ſeinem Recht, den Verkauf des Unterpfandes durch ſeine Einſprache zu hindern, Gebrauch zu machen, ſo würde die Adoption dieſer rigoröſen Lehre, die, wenn ſie ſich in der Rechtsſprechung geltend machte, auf Zerſtörung allen Credits und ſo des Zwecks des Inſtituts des Pfandrechts hinwirken würde, zu einer großen Rechtsloſigkeit führen und dem Richter, der berufen iſt, jedem möglichſt zu ſeinem Recht zu verhelfen, gerade da die Hände binden, wo er am meiſten berufen iſt, Rechtshülfe angedeihen zu laſſen. Denn bei unſeren ſtill-

78) S. Codex Fabrianus l. c.

ſchweigenden Pfandrechten iſt der Gläubiger trotz aller Vorſicht, die er anwendet, um ſich ein bevorzugtes Pfandrecht zu ſichern, leicht in Gefahr, ſich plötzlich in einen nachſtehenden Pfandgläubiger verwandelt zu ſehen. Er iſt außer Stand zu verhindern, daß, nachdem er alles gethan hat, um ſich die erſte Stelle zu ſichern, hintennach ein anderer noch ein vorzüglicheres Pfandrecht erwirbt und ihn zu einem Nachhypothekengläubiger macht.

Dazu kommt noch, daß es leicht Fälle geben kann, da die Benutzung des juris offerendi nicht zum Zweck, zur Erwerbung des bevorzugten Pfandrechts führt, ſo, daß der nachſtehende Pfandgläubiger ganz rechtlos wäre, wenn ihm kein anderes Rechtsmittel übrig bliebe. Nimmt z. B. die Ehefrau die Stelle des bevorzugten Pfandgläubigers wegen ihres privilegirten ſtillſchweigenden Pfandrechts zur Sicherheit der ihrem Ehemann inferirten dos ein, ſo kann gegen ſie nach der herrſchenden Theorie das jus offerendi nicht ausgeübt werden [79]). Iſt, um einen andern Fall feſtzuhalten, der vorſtehende Pfandgläubiger ein Chriſt, der nachſtehende aber ein Jude, und der Pfandſchuldner ein Chriſt, ſo könnte der zweite Pfandgläubiger gegen den Erſteren das jus offerendi nicht ausüben. Denn die Ausübung dieſes Rechts iſt ein Ceſſionsgeſchäft [80])

---

79) Wegen der L. 29. Cod. de jure dotium (5. 12), wenigſtens auf ſo lange nicht, als die Ehe beſteht. Vergl. über die Streitfrage: Fachinaeus Controv. jur. Lib III. Cap. 100 Gail Observ. 92 Negusantius l. c. P. V. m. 1. num. §. 31. Glück Erläut. d. Pand. Band 19. S. 350. Dieſe Streitfrage verliert ihre Bedeutung, wenn dem nachſtehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht zugeſtanden wird. Denn dann braucht er ſich daſſelbe nicht dadurch zu erkaufen, daß er dem bevorzugten den Betrag ſeiner Forderung offerirt.

80) Berghoff: Dissertatio de Successione hypoth Goett. 1744. § 28. „Successio in jus hypothecarium — nobis est, qualis, cui lex — hoc privilegium concessit, creditorum hypothecarium cogit, ut jus suum pignoris solventi sive imploranti

und ein neueres Geſetz [81]) verbietet alle Ceſſionen von Forderungen gegen einen Chriſten von einem Juden an einen Chriſten.

§. 10.

Iſt hingegen der Richter der Anſicht, daß es dem nachſtehenden Pfandgläubiger geſtattet ſey, zur Veräußerung des Unterpfandes zu ſchreiten, ſo hebt ſich der Bann, der ſeinen Arm feſſelt. Er bringt das Unterpfand zum Verkauf und leiſtet ſo Rechtshülfe. Indem er in Überwachung des Pfandweſens, wozu er nach heutiger Gerichtsverfaſſung berufen und gehalten iſt, das rechtliche, auf vorzugsweiſe und vollſtändige Befriedigung beſchränkte Intereſſe des bevorzugten Pfandgläubigers wahrt und dafür Sorge trägt, daß, da der Verkauf des Unterpfandes, denſelben gegenüber, erſt in dem Augenblick Rechtsgültigkeit gewinnt, da dieſer befriedigt wird und ſo ſein Pfandrecht erliſcht, dieſe Befriedigung erfolgt, läßt er aus dem Überſchuß [82]) den nachſtehenden Pfandgläubiger befriedigen.

---

cedat, vel, si hoc facere recuset cessio a judice pro facta habeatur." Mühlenbruch: Die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte. S. 469 ꝛc.

81) Reichspolizeiordnung v. 1577. Tit. 20. §. 4. Mittermaier: Grundſätze des gemeinen deutſchen Privatrechts. Vierte Ausgabe. Landshut 1830. Abth. 1. §. 107.

82) v. Löhr ſagt (S. 170), daß die zweite Verpfändung allein als eine Verpfändung der hyperocha angeſehen werde. (Gleiches lehrt Neguſantius a. a. O. P. V. membr. 2. §. 32. „debitor videtur obligasse secundo illud residuum, quod restat ex — re ultra satisfactionem primi"), ſo bemerke ich dagegen 1) daß die hyperocha nicht der Gegenſtand des Pfandrechts des nachſtehenden Gläubigers, ſondern nur ein Theil des Erlöſes des Unterpfandes iſt. Denn 2) es erſtreckt ſich nach der L. 15. §. 2. Dig. de pign. et hypoth. (20. 1), mit welcher ſich die von v. Löhr für ſeinen Satz allegirte L. 20. qui pot. in pign. (20. 2) ganz in Einklang bringen läßt und nach der Natur des Pfandrechtes überhaupt, das Pfandrecht des nachſtehenden Pfandgläubigers auf das ganze Pfand-

Man wende nicht ein, daß hiernach das jus offerendi ein unnützes Recht ſey und nicht anzunehmen ſey, daß der Geſetzgeber ein leeres Recht eingeräumt habe. Dieſes Recht hat allerdings ſeine volle praktiſche Bedeutung. Es dient zunächſt einem der zwei Hauptintereſſen des nachſtehenden Pfandgläubigers. Dieſer iſt entweder dabei intereſſirt, daß das Unterpfand zur Veräußerung kommt, oder dabei betheiligt, daß dieſes unterbleibt. Hat er dabei Intereſſe, daß die Veräußerung vorgenommen wird (was beſonders dann der Fall ſeyn wird, wenn die Conſtellationen einem Verkauf günſtig ſind und ein hohes Gebiet erwarten laſſen oder ſich ein Käufer gefunden hat, der als Kaufſchilling ſo viel geben will, um ihn, nachdem er zuerſt den vorſtehenden Pfandgläubiger daraus abgefunden hat, aus dem Überſchuß befriedigen (si emtorem in venerit res, qui, dimisso priori creditore superfluum solvere sit paratus), ſo bewirkt er dieſe. Iſt aber der nachſtehende Pfandgläubiger dabei intereſſirt, daß die Verſteigerung der Unterpfänder unterbleibt (z. B. weil zu erwarten iſt, daß kaum ſo viel erlöſ't wird, um den bevorzugten Pfandgläubiger zu befriedigen und er ſo, da durch den Verkauf von deſſen Seite das Pfandrecht des nachſtehenden Pfandgläubigers erliſcht [83]), in Gefahr kommt, unbefriedigt zu bleiben, ſo kommt ihm, um ſein Intereſſe zu wahren, das Recht zu Hülfe, wodurch er, dem chirographariſchen Gläubiger gegenüber privilegirt iſt, weil er Pfandgläubiger iſt, es giebt ſich ihm das jus offerendi in die Hand. Indem er daſſelbe ausübt, verhindert er den drohenden Verkauf [84]). Dieſes Recht

---

object. v. Bülow a. a. O. S. 139. S. auch Anton Faber Error. pragm. Decad. 21. Err. 10.

83) v. Löhr a. a. O. S. 169. Negusantius l. c. P. V. m. 3. §. 4. Hufeland a. a. O. §. 811. Note 6.

84) L. 3. Cod. si antiq. cred. (8. 20). Quo minus creditor, qui antea pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest.»

iſt zunächſt zu dem Zweck gegeben, um einen Rechtszuſtand zu conſerviren, um abzuhalten und zu ſichern [85]). (Eben weil dieſes Recht ad conservandum dient, hat auch der vorſtehende Pfandgläubiger das jus offerendi gegen den nachſtehenden. Er will dadurch denſelben abhalten, durch Veräußerung des Pfandes den status quo zu ändern) [86]),

---

85) In dieſem Sinn heißt es in der L. 22. Cod. de pign. (8. 14) «Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus und in der L. 15. qui pot. in pign. (8. 18). «Qui pignus secundo loco acceperit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori pecuniam solverit.» — «Si tu illi omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa confirmabitur.»

86) Manche beſtreiten das Recht des vorſtehenden Pfandgläubigers, dem nachſtehenden zu offeriren, aus dem Grund, weil nicht einzuſehen ſey, warum er es nöthig habe. Zimmern a. a. O. (Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Band. I. S. 53. Allein nimmt man an, daß der nachſtehende Pfandgläubiger veräußern dürfe, ſo erhebt dieſe Theorie das jus offerendi des vorgehenden Gläubigers zur praktiſchen Bedeutung. Es iſt ihm dafür gegeben, um zu verhindern, daß der nachſtehende Pfandgläubiger veräußert. Nicht ohne Grund ſagt Paulus: (Recept. Sent. II. 13. §. 8) «et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore potior sit.» Er zog in Betracht, daß der vorſtehende Pfandgläubiger, obwohl er es ſey, doch nicht ganz Herr des Pfandes ſey (nur ein Vorzugsrecht aus dem Erlös daraus habe, in pignore potior sit), daß auch der nachſtehende Pfandgläubiger daran etwas zu ſuchen habe, ſeine Befriedigung daraus, alſo den Verkauf verlangen könne. Um dieſes nach Belieben («si voluerit») verhindern zu können, ſoll der vorſtehende Pfandgläubiger das jus offerendi ausüben dürfen. Dafür, daß die römiſchen claſſiſchen Juriſten davon ausgingen, dem nachſtehenden Pfandgläubiger ſtehe das Veräußerungsrecht zu, kann nichts mehr ſprechen, als jene Stelle des Paulus, die zugleich ſich ganz ungezwungen erklärt, wenn man annimmt, daß dieſer Juriſt davon ausging, es ſey dieſes Veräußerungsrecht gegeben. (Ueber die verſchiedenen Erklärungen dieſer Stelle ſ. Zimmern a. a. O. und Müller a. a. O. (Arch. f. d. civ. Pr. Band II. S. 386).

nicht zu dem Zweck, um ein Recht zu erwerben, um dem nachſtehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht, das demſelben (salvo jure des bevorzugten) zuſteht, einzuräumen. So viel iſt freilich richtig, daß, wenn der nachſtehende Pfandgläubiger das jus offerendi ausübt, er dadurch außer allem nexus mit dem nun abgefundenen und weggeräumten vorſtehenden Pfandgläubiger kommt und nun bei dem Verkauf des Unterpfandes ungebunden handeln kann, weil er auf denſelben keine Rückſicht mehr zu nehmen braucht und im Stand iſt, einen Kauf vor ſich gehen zu laſſen, deſſen Rechtsgültigkeit nicht von der Befriedigung eines andern abhängig gemacht zu werden braucht. In dieſem Sinn heißt es in der von v. Löhr gleichfalls für ſeine Theorie angeführten L. 5. pr. Dig. de distr. pign. (20. 1.)

»Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum ejus successerit, venditionem ob pecuniam solutam recte facit.«

Denn damit will der Geſetzgeber nicht mehr und nicht weniger ſagen, als daß der nachſtehende Pfandgläubiger, weil er einmal den bevorzugten abgefunden hat, und ſo in deſſen Rechtsverhältniß eingetreten iſt, einen ſofort in jeder Hinſicht rechtsgültigen Verkauf — venditionem recte facit — (ſowohl wegen ſeiner urſprünglichen als von demſelben erworbenen Forderung abſchließen kann. Er ſtellt keine beſondere Rechtsregel auf, ſondern zieht blos einen Schluß aus einer allgemeinen Rechtsregel, den, daß ein Rechtsgeſchäft dann als vollgültig erſcheint, wenn kein Dritter mehr Anſprüche auf den Gegenſtand deſſelben machen kann, die Befriedigung deſſelben daher nicht mehr als aufſchiebende Bedingung der Rechtsbeſtändigkeit deſſelben in Betracht kommen kann.